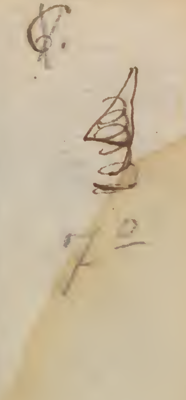




INITIVM A DOMINO.

P O R

DON ANTONIO DIEZ CANSECO,

Abogado de los Reales Consejos, y del Secreto del de la Suprema, y de pobres del de Guerra.

C O N

DON DIEGO DE SANTIAGO, VEZINO DE LA Ciudad de Avila.

S O B R E

Que se absuelva, y dè por libre à Don Antonio de la demanda que le ha puesto el dicho D. Diego en razon de la sucession del Patronato, fundado en la Capilla de nuestra Señora de la Salud del Convento de la Vitoria de Madrid, por Doña Maria de Ortal y Miranda, por si, y en virtud de comission testamentaria de D. Iuan de Santiago, su primer marido, declarando en caso necessario toca al dicho Don Antonio, y que cumpliò la dicha Doña Maria con la fundacion que hizo.

1 AVNQVE Pudieramos (atentos à la breuedad) entrar al discurso legal; sin embargo, para su mejor inteligencia, pondremos las essenciales circunstancias del hecho.

2 El Capitan Don Iuan de Santiago (primer marido de Doña Maria de Ortal) por su testamento otorgado en Madrid a 12. de Nouiẽbre de 662. la diò poder para acabar de testar por él en la clausula siguiente.

3 *Y por la entera satisfacion, y confiança, que tengo de la dicha Doña Maria de Ortal y Miranda mi muger, Y QVE LA TENGO COMVNICADAS ALGVNAS COSAS TOCANTES AL DESCARGO DE MI CONCIENCIA, Y LAS MANDAS, Y LEGADOS QVE YO QVIERO HAZER, a que no puedo con tanta breuedad como pide mi enfermedad, dar entera declaracion, por lo qual la doi poder en bastante forma, para que lo declare por via de testamẽto, ò codicilo, ò en otra forma, como le pareciere, sin ninguna limitacion, y a lo que hiziere, y dispusiere se dè entera fee, y credito.*

4 Y en otra clausula, la cometiò la fundacion del Patronato, y Capellania (sobre que se litiga) en esta forma: *Es mi voluntad, QVE TRAYENDO DIOS CON BIEN LA FLOTA, QVE HA IDO A NVEVA-ESPAñA, DE LAS CANTIDADES, QVE LLEVO MIAS DON PEDRO DE ARGANDOñA, la dicha mi muger funde vnas Memorias, y Capellanias hasta en cantidad de veinte y cinco mil pesos en la parte, y lugar, y en la forma y con los nombramientos de Capellanes, y Patronos que le pareciere, siendo ella, durante sus dias, vnica Patrona, y despues mis sobrinos, como ella los nombrare, à cuya disposicion lo dexo.*

5 Por otra clausula, dexò vn legado de mil y quinientos ducados a Don Diego Santiago, y de otra tanta cantidad a cada vno de sus dos hermanos, sobrinos todos del testador.

6 Y por otra declarò, que todos los bienes, y haziẽda que quedauan eran gananciales, adquiridos durante su matrimonio con la dicha Doña Maria de Ortal.

7 Doña Maria, en virtud del poder, acabò de testar por su marido, y declarò diferentes deudas muy quantiosas, que dexaua, y entre ellas vna de veinte y dos mil reales a fauor de Agustin de Santiago (hermano del dicho Don Iuan, y padre del dicho Don Diego

San-

Santiago) que como su herede a le pagò, y èl recibiò della; y assimismo declarò, que en el empleo que auia lleuado Don Pedro de Argandoña, era interessado el dicho Agustin de Santiago en 4U.pesos (que el susodicho cobrò del dicho Don Pedro) y reseruò en si la facultad para la fundacion, para quando viniesse la flota, y lo procedido del empleo.

8 Y auiendo venido, consta por la carta de pago otorgada (en virtud de poder de la dicha Doña Maria de Ortal, y Don Antonio Diez Canseco, su segundo marido) por Diego Dauila Velazquez, vezino de Seuilla, por las paulinas que se sacaron, y publicaron en esta Corte, Cadiz, Seuilla, y Puerto de Santa Maria, y por las cartas de Don Pedro de Argandoña, reconocidas por Agustin de Santiago, y por su misma deposicion quedaron liquidos tan solamente 16U300.pesos (porque tan solamente traxo el dicho Don Pedro de Argandoña de todo el empleo 17U413.pesos, y 6.reales de plata) de la qual dicha cantidad hizo Doña Maria de Ortal la fundacion, declarando, que aunque tan solamente la deuia hazer de la mitad de los dichos 16U300. pesos (que restaron liquidos del empleo) que era la parte que dellos tocaua a Don Iuan de Santiago su marido, porq̃ la otra mitad la tocaua a ella, assi porque el empleo fue hecho del patrimonio comun de los gananciales del matrimonio, como porque la voluntad, y intencion del testador fue solo se fundasse de la parte que a èl tocasse en el empleo (persuadido a que vendrian ganancias considerables del, y no perdidas tan quantiosas como del procedieron) sin embargo, en atencion a la voluntad que deuiò al testador, confiança que de su alma, y vltima disposicion hizo de ella, dexandolo todo a su libre arbitrio, y voluntad (segun se lo dexò comunicado) y q̃ vna de las memorias auia de ser por el alma della, y de sus padres, y abuelos, y la otra por la del dicho Don Iuan, y los suyos, queria, y consentia hazer tambien la dicha fundacion de la mitad q̃ a ella por gananciales tocaua del procedido del dicho empleo, y assi enteramente de los 16U300. pesos que restaron liquidos de todo su procedido, a honra, y gloria de Dios nuestro Señor, y su Santissima Madre, y mayor bien de su alma.

9 Hecha la fundacion por Doña Maria, de todos los 16U300. pesos que restaron liquidos, y presentada la quenta de gastos, empleos, y diligencias hechas por ella, y constando de su vista, que de todo el empleo no traxo Don Pedro de Argandoña, mas que los dichos 17U413.pesos, y 6.reales de plata, ante el Visitador Eclesiastico

co se le diò por libre, y declarò auer cumplido con la dicha fundacion, y que auia gastado en ella 1177. rs. de plata mas de los dichos 16U300. pesos, que auian restado liquidos del empleo, sin los gastos de escrituras, y otros menores.

10 Doña Maria, en virtud de la comision del testador, y por si misma, hizo diuersos llamamientos de Patronos, y el primero fue de si, y Don Antonio Diez Canseco su segundo marido, y sus hijos, y descendientes en forma de mayorazgo, en cuyo defecto llamò personalmente a Don Diego de Santiago, y despues a sus dos hermanos sobrinos del dicho Don Iuan en la misma forma.

11 Y por otra clausula pone grauamen preciso de residencia en Madrid a todos los llamados al Patronato, para que cuidassen de la Capilla, viessen si cumplian los Capellanes, les hiziessen pagar la rẽta, y pudiessen solicitar su conseruacion, priuando del llamamiento, y sucession al que no cumpliere este precepto dentro de quatro meses de diferida.

12 Esto supuesto, diuidiremos el discurso desta defensa en dos puntos.

El primero, que la facultad que Doña Maria tuuo de Don Iuan para los nombramientos de Patronos, y Capellanes, fue absoluta, y libremente diferida en su voluntad, y assi pudo nombrar primero por Patron a Don Antonio Diez Canseco, que a Don Diego de Santiago, y imponer a todos los llamados preciso precepto de residencia.

El segundo, que no solo cumpliò con la fundacion en auerla hecho de los 16U300. pesos, que restaron precipuos del empleo, sino q̃ tan solamente la debiò hazer de la mitad dellos, y que la de la otra mitad fue fundacion voluntaria, y propia suya, en que pudo hazer los llamamientos libremẽte arbitrarios a la libertad de su alvedrio.

Punto primero.

13 DOs partes contuuo la voluntad de D. Iuan en la comision que dio à Doña Maria su muger; vna respectiua a lo vniuersal de la fundacion; y esta parece quiso fuesse arreglada a arbitrio de buen varon, pues se la

dà para hazerla *en la parte, y lugar, y con los nombramientos de Capellanes, y Patronos que le pareciere*, de que parece resulta vn arbitrio regulado a razon, (si bien conforme al derecho Real, la palabra, *pareciere*, importa arbitrio libre) (1) el qual siguiesse, assi en el lugar de ella, como en el de las buenas calidades que huuiessen de assistir a los Capellanes futuros, y prouidas condiciones, y grauamenes, que tanto a ellos como a los Patronos impusiesse, para que mas segura, y permanente fuesse la fundacion, que a bien de su alma preuenia.

14 La otra fue concerniente à lo particular, y indiuidual de algunos nombramientos de Patronos, y esta, en quanto al de Doña Maria, fue puro, y absoluto, como parece della, *siendo ella durante sus dias vnica Patrona*, pero en quanto al de sus sobrinos, le dexò condicional, y absolutamente diferido en el libre arbitrio de Doña Maria, como resulta de las palabras del testador, *y despues mis sobrinos, como ella los nombrare, à cuya disposicion lo dexo*, en que claramente se verifica nuestra proposicion.

15 Porque en ellas dexò diferido su nombramiento en la disposiciõ de Doña Maria, y esta se la diò libre, y absoluta, y no en alguna manera coartada, ni regulada, por-

1 *L. si sic 75. ff. de leg. 1. l. fideicommissa 11. §. quamquam 7. ff. de leg. 3. l. Thais 41. § sorore, ff de fideicom. libert. l. fideicommissaria 46. §. quod si ita, ff. eodem, l. si filiæ 43 ff. de leg. 3. l. 1. §. sed cum 1. ff. de leg. 2.* Noguer. *alleg, 9. à num. 82.* Barbos. *vot. decissiu. 65. à num. 2. lib. 2.* Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. glos. 25. num. 37.* Tondut. *part. 2. resol. ciuil. cap. 149. nu. 3. tom.* 2. Mar. Cutell. *decis. 26. à nu. 19.* D. Molin *lib. 2. cap. 5. num. 49.* sed de iure partitum, verb. *Pareciere*, seu *tuuiere por biẽ* (quod idem importat) liberum arbitrium, & nõ regulatum significat, ex *l. 29. tit. 9. part. 6.* vbi Greg. Lopez, verb. *tuuiere por bien*, Castill, *lib. 4. controuers. cap. 36. num. 49. in fin.*

porque la palabrã, *diſpoſicion*, por ſu naturaleza ſignifica la libre, y no arreglada a mas preceptos que el no ſer contra los de buenas coſtumbres, ò los de diſpoſiciones legales: (2) (porque la obſeruancia deſtos en qualquiera, aunque ſea de bienes propios, obliga;) (3) cõ q̃ auiendo D. Iuan dexado el nõbramiento de D. Diego en la indefinita diſpoſicion de Doña Maria, claramẽte ſe ſigue le dexò dependiente de ſu libre querer.

16 Afiançaſe eſte diſcurſo de la miſma ſerie de la clauſula; pues aunque parece D. Iuã auia moſtrado alguna voluntad, de que ſus ſobrinos, D. Diego, y ſus hermanos fueſſen Patronos, ſin embargo eſta no la explicò pura, ſino condicionada, y arreglada a lo q̃ ſu muger en eſte punto quiſieſſe hazer; de tal ſuerte, que ſi ella no los quiſieſſe nombrar, èl tampoco los dexò nombrados.

17 Eſto ſe prueba de la ordinacion de la voluntad, pues dize: *Y deſpues mis ſobrinos, como ella los nombrare*, que es lo miſmo q̃ ſi huuieſſe dicho, *como ella quiera nombrarlos*, ò que ſi dixeſſe, *ſi ella los quiſiere nombrar*, que vno, y otro ſentido es natural de ſu contexto, y ambos prueban quedò condicionado ſu nombramiento en la eſpontanea voluntad de Doña Maria; (4) à que ſi juntamos (como ſe debe) las palabras ſiguiẽtes, *à cuya diſpoſicion lo dexo* (que

te-

2 *L. de creationibus 27. in med. C. de Epiſcop. aud* ibi: *Et ſecundum ſui oppinionẽ diſponat, l. fin. §. 5. C. de curat. furioſ.* ibi: *Et eas ſecundum ſui oppinionem diſponat, §. fin. verſ. Nam cui, inſtit. quib. ex cauſ. manumit. non lic. auth. de hæredibus, & falcid. §. ſemper, col. 1. auth. de nupt. §. diſponat, collat. 4. l. 2. C. de codicill. cap. licet 2. de Præb. & Dignit. in 6. DD. in rubric. ff. ſolut. matrim.* Iaſ. *conſ. 189 col. 2. in fin. libr.* 2. Menoch. *conſ. 210. à num. 2. lib. 3. & conſ. 473. num. 13. & 15. libr. 5. & conſ.* 1006. *à num. 32. lib. 11.* Surd. *conſ. 357. n. 7. lib. 3. & deciſ. 279. num. 7.* Cald. Pereir. *de renouat. emphyt. quæſt. 8. num. 10.* Barboſ *in collect. ad d. cap. licet, n. 3.*

3 *L. nemo poteſt 55. ff. de leg. 1. cum cõcordant. l. 32. tit. 9. part. 6.* Caſtill. *libr. 4. cap. 5. num. 8.*

4 *L. 2. in princ. ff. de leg. 2. l. ſi quis Sempronium 68. ff. de hæredib. inſtit. l. fideicommiſſaria libertas 46. in princip. & §. 1. & § ſed & ſi 2.* ibi: *Si Seius voluerit, ſtichum liberum eſſe volo; mihi videtur poſſe dici, valere libertatem, quia conditio potius eſt, quemadmodum ſi mihi legatum eſſet ſi Titius Capitolium aſcenderit, l. 29. tit. 9. part. 6.* ibi: *Mas ſi dixeſſe el teſtador, mando à fulano tal coſa, ſi mi heredero quiſiere, ò tuuiere por bien que la aya: eſtonce en voluntad es del heredero de cumplir la manda que aſſi fueſſe fecha, ò de reuocarla ſi quiſiere: è eſto es, porque vſando el teſtador à dezir tales palabras, quando hazia la manda ſemejaua, que en todas guiſas la ponia en el aluedrio del heredero.* Et inferius: *Mas ſi el teſtador fizieſſe la manda, diziendo aſſi, que mandaua à vno mil marauedis, ſi otro que nombraua ſeñaladamente fizieſſe alguna coſa, ciertamente, como quier, que aquella coſa en voluntad, è en àluedrio del otro, era de la fazer ò non, valdria la manda, ſi aquella coſa que nombraſſe ſe cumplieſſe, l. 30.* vbi Gregor. Lopez *gloſ. 3. verb. Non lo contraſtò, in verſ. Et videtur velle iſta lex, eodem tit. & part.* Menoch *conſ. 408. n. 13. & 15. à n.* 22. D. Molin. *lib 2 cap. 5 num. 14. 60. &* 70. Mar. Cutell. *deciſ 30. à num. 21. pagin.* 540. Cancer. *part. 3. cap 20. nu. 97.* Carpio *de execut. lib. 2. cap. 11. nu. 44. & 45. & cap. 12. à num. 14. & 25.* Caſtill. *lib. 6. cap. 156. à num. 5.*

tenemos probado ſignifica la libre, y abſoluta) el ſentido literal, y veridico es, que ſus ſobrinos fueſſen deſpues della Patronos, ſi ella los quiſieſſe nombrar: porque eſto de el darles, ò no nombramiento, todo lo dexaua diferido en la libre diſpoſicion, y voluntad della.

18 Eſta conſideracion ſe aſſegura en la de que ſiendo el teſtador natural de Auila, cuya atenciō naturalmente auia de influir en ſu voluntad, (5) como la de auer tenido alli ſus padres, mayores, y parientes, (6) para que hizieſſe la fundacion en aquella Ciudad, no deliberò hazerla en ella, ſino que difiriò eſta eleccion en la libre, y eſpontanea de Doña Maria.

19 Confirmaſe eſte concepto, de que quando Don Iuan tuuo voluntad perfecta de hōrar, ò acomodar a ſus ſobrinos, la explicò pura, y independiente del arbitrio de ſu muger, y de la comiſsion, q̄ le diò para acabar de teſtar, y aſsi les dexò a cada vno de ellos en otra clauſula (como ſe advirtiò en el num. 5.) vn legado de mil y quinientos ducados ſimple, y indiſtintamente, ſin paſſar a darle libre arbitrio a ſu muger en èl, ni dexarle a ſu diſpoſicion, como dexò el nombramiento de Patronos, y deſta diſcrecion, ſeparacion, y diſtincion de diſpoſiciones ſe euidentifica la diuerſidad de voluntad, que huuo entre ellos, (7) pues quando quiſo con voluntad pura, la explicò

5 Caſiodor. *lib. 1. epiſt. 21. & libr. 8. epiſt. 31.* Amaya *in l. certa 4. num. 13. C. de iur. fiſc. lib. 10.* D. Solorçan. *de iur. Indiar. lib. 1 cap. 16. nu. 2. tom. 1.* D. Petr. Salced. *de leg. polit. lib. 1. cap. 10. num. 65. & 66.* Sueſues *conſ. 22. num. 8. tom. 2.* Mieres *de maioratib. part. 1. q. 57. à n. 21.*

6 *L. lex quæ tutores 22. verſ. Nec vero, C. de adminiſtrat. tutor. l. Quintus 7. §. ad authoritatem ſcribentes, ff. de annuis legat. l. legatam 4. in fin. ff. de adminiſtr. rer. ad ciuit. pertin.* Franciſc. de Pretis *feſtiuar. lect. lib. 1. cap. 5. num. 44.* Annæ. Robert. *rer. iudic. lib. 3. cap. 17.* D. Olea *de ceſ. iur. tit. 3. quæſt. 2. num. 4.*

7 *L. cum in teſtamento 37. §. qui tres filios ff. de hæredib. inſtit. l. cohæredi 41. §. qui patrem 5. ff. de vulgar. & pupill. ſubſt.* D. Mo lin. *lib. 3. cap. 5. num. 55.* D. Larrea *deciſ. 54. num. 17. in m. d.* Fuſario *de ſubſtit. quæſt. 311. num. 37. & quæſt. 402. nu. 115.* Hieronim. de Leo. *deciſ. 1. num. 19. tom. 3.* Fontanel. *deciſ. 584. num. 26.* idem D. Molin. *lib. 1. cap. 13. ſub num. 17.* Mar. Cutell. *deciſ. 40. num. 37. tom. 2.* Ciriac. *controuerſ. 521. num. 55. & controuerſ. 522. à num. 17. tom. 3.* Barboſ. *vot. deciſsiu. 70. num. 4.*

cò tal; y quando con condicionada, y diferida en la espontanea de su muger, la declarò con palabras, que la explicassen desta forma; de que se sigue, que quando la explicò desta, fue su voluntad lo que Doña Maria hiziesse; y quãdo de la otra, lo q̃ èl solo dexaua dispuesto. (8)

20 Sin que pueda alentar el intento de Don Diego de Santiago el dezir, que este genero de voluntad diferida absolutamẽte en el libre alvedrio del heredero, no tiene subsistencia en derecho: (9) Porque respondemos, q̃ si se atiende al comun, es cierta la proposicion; (y desto mismo se prueba, que siendo inutil, no tuuo obligacion Doña Maria a llamarle) pero si se atiende al destos Reynos, no ay duda sino que valiò, pero quedò en el libre alvedrio del heredero Comissario el llamarle, ò no le llamar, (10) al modo que tambien por derecho comun quedaua, quãdo se diò por el Testador llamamiento condicional debaxo de condicion potestatiua del heredero, ò otro tercero, que huuiesse de nombrar, y elegir, porque entõces, como diferida la voluntad en su potestad, dependia della hazer tuuiesse llamamiento, ò no, el que huuiesse de ser nombrado. (11)

21 Y aunque por el Abogado de Don Diego se quiera dezir, que el sentido de la clausula es darle nombramiento a Doña Maria puro, y comision regulada, para

C que

8 *L. vnic. §. vbi autem* 11. *versic. Sin autem el* 2. *C. de caduc. tollend.* ibi: *Nam si contrarium volebat nulla erat difficultas coniunctim ea disponere*, conducit ratio doctrinæ D. Molin. *lib. 3. cap. 5. n. 56. vers. Sed quamvis.*

9 *L. vtrum* 7 *§. cum quidam, ff. de reb. dub. l. fideicommissaria* 46. *ff. de fideicom libert. l. si quis Sempronium* 68 *ff de hæredib. instit. l. Senatus* 43. *§. legatum ff. de leg.* 1. *l. nonum quam* 52. *ff. de condit. & demonstr. l. fideicommissa* 11. *§. quamquam* 7. *ff. de leg.* 3. D. Couarr. *in cap. cum tibi, num* 6. *&* 7. *de testament.* Sarmient. *lib.* 2. *select. cap.* 6. *num.* 4. *&* 5 Emman. Costa *selectar. libr.* 1. *cap.* 21. *à num.* 7. Peregrin. *de fideicom. art.* 33. *à nu.* 65. Anton Gom. *tom.* 2. *var. cap.* 12 *num.* 47. Castill. *libr.* 2. *controuers. cap.* 6. *à num.* 35. *&* 40. *& lib.* 6. *cap.* 156. *à num.* 5. Fachin. *lib.* 5. *controuers. cap.* 58. Cancer. *part.* 2. *var. cap.* 20. *à num.* 82. *&* 95. Donell. *lib.* 8 *commentar. cap.* 15 & ibi Ouald. *in not. à lit. L.* Fusar. *de substit. q.* 503. *à num* 50. Carpio *de execut. test. lib.* 2. *cap.* 11. *à num.* 7.

10 *L.* 29. *tit.* 9. *part.* 6. *l.* 31. *Tauri*, Gregor. Lopez *in l.* 11 *tit.* 3. *part.* 6. *glos.* 2. *limitat.* 4. *in vers. Sed pulchrum*, Peralta *in l.* 1. *num* 51. *in princip. & num.* 53. *vers. Quia prædicta ff. de legat.* 2. Menchac. *de succes. progres. lib.* 2. *§.* 13. *num.* 20. *&* 24. Matienz. *in l.* 5. *tit.* 4 *glos.* 1. *num.* 4. *libr.* 5 *Recop.* Padill. *in l.* 1. *num.* 53. *ff. de legat.* 2. Castill. *dict lib.* 2. *cap.* 6. *num* 46. *& lib.* 4. *cap* 36. *num* 8. 9. *&* 10 *& à nu.* 4. Carpio *dict. lib* 2 *cap.* 11. *n.* 20. quidquid postea contra sentiat.

11 *Dict. l. nonumquam* 52. *ff. de conditionib. & demonstrationib. l. fideicommissarii* 45 *§ sed & si* 2. *ff. de fideicommissar. libert. l.* 1 *ff. de leg.* 2. *l. fideicommissa* 11 *§ sic fideicommissum* 5. *ff. de leg.* 3. *l. si quis Sempronium* 68 *ff de heredib. instit* Fachin. *d. lib.* 5. *cap.* 58. *in fin.* Donel. & Ouald. *vbi proximè*, Cuiac. *lib.* 2. *obseru cap* 2, Castill. *dict. cap.* 6. *num.* 43. Carpio *dict. libr.* 2. *cap.* 11 *à num.* 9.

que despues precisamente nombre a Don Diego, y sus hermanos, (12) y que solo en lo respectiuo a llamarlos todos juntos, ò a cada vno de por si, ò en el preferir el menor al mayor, ò en darles nõbramientos personales, ò reales, y lineales en forma de mayorazgo tuuo arbitrio, y facultad, (13) pero no para dexarlos de llamar (14) ò preferirles a Don Antonio, y que esto es lo que significan aquellas palabras, *y despues mis sobrinos, como ella los nombrare, a cuya disposicion lo dexo* (que es quanto por parte de Don Diego se puede esforçar en su defensa) Respondemos, que este sentido es violento, y contra el literal que della resulta.

22 Lo primero, porque de este modo quedaran superfluas, y sin efecto aquellas palabras, *como ella los nombrare, à cuya disposiciõ lo dexo*, teniendole tã superior, y operatiuo (como hemos probado) y este genero de interpretacion repugna à la razõ legal. (15)

23 Lo segundo, porque el entendimiento expresso, y natural destas palabras, *como ella los nombrare*, *es con tal, que ella los quiera nombrar*, ò *con tal que ella los nombre*, porque aquella diccion, *como* (que en Latin corresponde a la, *sicut*, ò *prout*) hizo la disposiciõ condicional, restrictiua, y relatiua a lo que Doña Maria quisiesse hazer, en orden a llamar a sus sobrinos; de tal suerte, que si ella no los qui-

12 *L.cum pater 77.§.à te peto 32.ff. de leg.2.l.hæredes mei 57.§.peto 2.ff.ad Trebellian.*D.Molin.*lib.2.cap.11.n.36.* Castill.*lib.2.controu.cap.26.à num.5.& lib.5.cap.67.sub num.5.& num.27.* Casanat.*cons.59.num.12.& 13.* Sesse *decis.235 à num.6.tom.3.*Phæb.*decis.38.* Noguer.*alleg.9.num.75.*Tondut.*part.2.resol.ciuil.cap.192.à num.4.* Roxas *de incompat.part.1.cap.6.num.361.* Tondut.*part.1.resol.ciuil.cap.50.à n.2.*

13 *L.filius familias 114.§.sed si 17.ff.de leg.1.l.cum quidã 24.l.vnum ex familia 67.§ itaque, & §.si duos ff. de legat.2.l.cum pater 77.§ rogo 25.ff.eodem,* Antonio Gomez *tom.2.var.cap.12.nu.48.*D.Molin.*lib.2.cap.5.à nu.4.* Fusar.*de substitut.quæst.380.num.3.& num.8.*Menoch.*cons.277 dub.2.& cons.1107.à num.12.*Alex. Raudens.*decis.22.à num.17.* Tondut.*part.1.resol.ciuil.cap.50.num.6 & 38.*Francisc.Barry.*de successionib.lib.8.tit.8.quand.ex plurib.vocatis, nu.1.& 2.pagin.310.* Castillo *libr.4.cap.36.num.56.*& antea *num.5.*Roxas *de incompat.maiorat.part.1.cap.6.num.358.* mirè conducit *l.1.§.quamvis 1.ff.de adsignand.libert.*

14 *L.vtrum 7.§.cum quidam, ff de reb.dub.l filius familias 114.§.cum pater 15 ff de leg 1.*Castill.*lib.4.cap 3.num.4.* Roxas *de incompatib.part.1.cap.6.n.357.* D.Molin.*lib.2.cap.4.num.12.vers.Sed respectu.*

15 *L.si quando 109.ff.de legat.1.ibi: Alioquin frustra legaturus sit, atque si ita exprimat, l.1.in princ.ff quod met.caus.l.1.in fin.ff ad municipal.l.generali, §.10.ff.de vsufruct.leg.cap.si Papa in princ.de priuileg.in 6.*Bald.*cons.51.lib.5.* Abb.*cons.32.lib.2.*Oldrad.*cons 300.*Dec.*cons.48.& 49.*Menoch.*cons 1.nu.176.* Castill.*tom.4.controu.cap.38.à num.6.*

quisiesse nombrar, tampoco quedaron de Don Iuan llamados, porque el llamamiento, que èl les diò, quedò suspendido, y pendiente de certificarse en el q̃ ella les gustasse dar, (16) y esto lo hemos manifiestamente probado desde el nu. 15. y por euitar la prolixidad no repetimos.

24 Lo tercero, porque el libre arbitrio, y facultad de Doña Maria, no pendiò vnicamente del que se le dio en esta clausula, ni del del dictamen del suyo, sino tambien de la otra, referida num. 3. en que Don Iuan, por la comfiança que della tenia, y tenerle comunicadas algunas cosas tocãtes al descargo de su conciencia, y las mandas, y legados que queria hazer, le dà facultad para acabar de testar por èl, *y dar entera declaracion à su voluntad*, por via de testamento, ò codicilo, *sin limitacion alguna*, disponiendo; *que a lo que ella hiziesse, ò dispusiesse se dè entera fee, y credito*, con que lo que obrò Doña Maria, no tanto fue execucion de su propio libre arbitrio, quanto explicacion, y efecto del animo, y voluntad de Don Iuan, en cuyo caso es sin disputa, que pudo llamar en qualquier lugar, ò no llamar a Don Diego, y sus hermanos, principalmente quando jurò, que la declaracion, y disposicion que hizo fue poniendo en efecto lo que su marido le dexò comunicado. (17)

16 *L. si sic* 75. *§.* 1 *ff. de leg.* 1. ibi: *Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat: sciendum est, nullum esse legatum, & §.* 2. *eiusdem legis*, ibi: *Quod si addiderit, decem quæ mihi debet Titius lego: sine dubio nihil erit in legato, nam inter falsam demonstrationem & falsam conditionem, siue causam multum interest: perindè & si Titio decem, quæ mihi Seius debet, legauero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet*, Oldrad. *cons.* 164. *visso priuilegio*, Cancer. *lib.* 3. *var. cap.* 13. *à num.* 144. Tusch. *conclus.* 347. *nu.* 64. 65 *&* 66. plenè Noguer. *allegat.* 27. *à n.* 41. *in fin. facit l. qui plures* 18. *ff. de vsufruct. legat.*

17 *l. Theopompus* 14. *ff. de dot. prælegat. l. quæ heredi* 25. *ff. de reb. dub.* Bart. *cons.* 168. Angel. *cons.* 220. Ruin. *cons.* 19. *num* 5. *& cons.* 21. *num.* 10. *lib.* 5. Cuman. *cons.* 107. *& cons.* 117. *col. vlt.* Cephal. *cons.* 702. *à num.* 27. Surd. *cons.* 380. *num.* 9. *lib.* 3. Mantic. *de coniect. lib.* 3. *tit.* 1. *nu.* 15. Si nõ de Præt. *de interpretat. vlt. vol. fol.* 16. *num.* 6. *& fol.* 329. *n.* 67. Peregr. *de fideicom. art* 33. *nu.* 58. Fusar. *de substitut. quæst.* 503. *num.* 56. *&* 57. Tondut. *part.* 2. *resol. ciuil. cap.* 14. 9*num.* 6. Ciriac. *controuers.* 444. *à num.* 50. Mier. *de maiorat. part.* 1. *q.* 48. *nu.* 230. Castill. *lib* 4. *controu. cap.* 19. *num.* 51. Capic. Latr *decis.* 5. *num.* 24. *&* 25. Cristoph. Suelues *cons.* 100. *num.* 6. *&* 7. vbi plusquam quinquaginta Authores affert hanc conclusionem firmantes, idem Castillo *lib.* 6. *cap.* 182. *per tot. sed maximè à n.* 3. *& nu.* 7. facit, *l.* 33. *Taur. in princ. &* 34. *in fin.*

25 A què conduce no poco, que el acto que se executa en explicacion, y cumplimiento de lo que otro ordenò (ò ya fuesse en secreto, ò no) no se atribuye al que le explica, sino al que le cometiò que le explicasse, (18) y assi la disposicion que Doña Maria hizo, no tanto se deue atribuir a su eleccion, quanto a la voluntad que D. Iuan le dexò comunicada, *sin limitacion alguna*, assi en las materias corcernientes a su conciencia, como en las a las demas mandas, y legados que queria hazer, (19) y esta es la razon porque Don Iuan no dio en esta otra clausula llamamiento de Patronos absoluto a D. Diego, y sus hermanos, sino *como ella los nombrasse, a cuya disposicion* (por lo que con ella tenia comunicado) *lo dexò*.

26 Esto se esfuerça de las deudas, que Doña Maria (en virtud desta comission, y secreta instrucion de la voluntad de Don Iuan) declarò, y como su heredera pagò, y algunas bien quantiosas a fauor de Agustin de Santiago, padre de Don Diego (que aduertimos en el num. 7.) para lo qual quieren que le aya valido la facultad, y orden secreta que le diò su marido, y no para hazer estotra declaracion, que hemos mostrado ser adequada a la voluntad del Testador, porque no les es tan absolutamente fauorable como la otra. (20)

27 Lo quarto, porque siendo

la

18 *L. heredes palam 21. §. si quid 1. ff. de testam.* ibi: *Nihil enim nunc dat, sed datum significat, l. adeo 7. §. cum quis 7. in fin. ff. de acquir. rer. domon. l. sicut 8. §. & siquidem, vers. Quia, ff. si seruit. vindic. l. iure nostro 26. § propter litem ff. de testam. tut.* D. Solorçan. *de gubernat. Indiar. libr. 2. cap. 11. num. 62. & cap. 26. à num. 43.* Amaya *in l. 1. num. 9. C. de delator. lib. 10.* Castillo *lib. 4. cap. 19 à nu. 30.* & in nostris met terminis *lib. 6. cap. 182. à num. 9.* Ciriac. *controu. 210. à num. 11. & 295. à nu. 33. & 312. à n. 50. tom. 2.* Carpio *de execut. testam lib. 2. cap. 5. à n. 4. & cap. 11. n. 37.*

19 *L. vnum ex familia 67. in princ. & §. si de falcidia ff. de legat. 2. l. pater ex prouintia 22. ff. de manumis. vindict.* D. Molin. *lib. 2. cap. 4. à num. 5.* Castill. *cap. 161. num. 6. tom. 6.* Fusar. *quæst. 511. num. 5.* D. Olea *de ces. iur. tit. 3. quæst. 3. nu. 14.* Mar. Catell. *de donat. tract. 2. disc. 1. spec. 16. n. 21. pag. 247. tom. 2.* Roxas *de incompat p. 1. cap. 3. num. 21. & in introduct. ad opus, num. 35.*

20 *L. vnic. §. pro secundo, C. de caduc. tollend.* ibi: *Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei anexum contemnit, l. manifestissimi 22. §. sed eum 3. in fin. C. de furt. l secundum naturam ff de reg. iur.* Surd *cons. 150. n. 11.* Gratian. *discept 916. n. 35. tom. 5.*

la facultad, y autoridad que tuuo Doña Maria tan libre, y absoluta, (aun cessando la que tenia, por lo que en secreto con ella auia comunicado su marido, a cuya explicacion dispone se estè) es sin disputa, pudo posponer el nombramiento de Don Diego, y sus hermanos al de Don Antonio, (21) principalmente, quando ni expressa, ni tacita se prueba de la voluntad de Don Iuan, la tuuiesse de que este patronato fuesse (ni por via de mayorazgo, ni de fideicomisso) para los de su familia, ò parentela, ni de que huuiesse de permanecer en ella (como consta de las clausulas) sino que tan solamente quiso condicionalmente llamar a sus sobrinos (y esto no por nombres colectiuos de familia, casa, ò linage) si su muger los quisiesse llamar, a cuya disposicion lo dexò todo cometido, en cuyo caso corre con mayor certeza el concepto que auemos afirmado de auer podido Doña Maria anteponer el llamamiento de Don Antonio al de Don Diego, y sus hermanos, aunque fuessen sobrinos del Testador. (22)

28 Y aunque se quiera replicar, es mas verosimil, quisiesse Don Iuan fuessen antepuestos sus sobrinos a los estraños, por la mayor conjuncion, vinculo de la sangre, y presunta afeccion que della resulta, (23) desto mismo sacamos por consequencia, no se la tuuo, ni les quiso dar mas llamamiento que el

D

21 *L. vnum ex familia 67. §. itaque, ff. de legat. 2. l. cum quidam 24. ff. eodẽ*: post Bart. Bald. Paul. de Castro, & alios D. Molin. *lib. 2. cap. 5. num. 4.* ibi: *In hoc tamen maioratu, in quo ex libera electione succedendum est, non est seruandus successionis ordo, sed libera electionis facultas electori relinquenda, vt possit eligere remotiorem, seu illum, qui ab alio ex successionis ordine, seclusa electione, aliàs præcederetur, dummodo electus eiusdem electionis incapax nõ sit.* Et num. 5. *Per quẽ text. dicit Bart. in proprio loco, num. 4. Quod is, cui libera electio commissa est, non tenetur eligere proximiorẽ, quod etiã reperit Bald. in dict. §. si de falcidia, vers. Itaque 1. notab. dicens, quod is cui electio commissa est nõ tenetur ordinẽ seruare circa electionem faciendam.* Et nu. 6. in fin. *Secus autem dicendum erit, quando succeditur ex libera eligentis voluntate, quæ (vt superius diximus) successionis naturæ, adque ordini subiecta non est, sed elector potest quẽcũque voluerit eligere, dummodo is incapax, seu indignus indignitate iuris non sit.* Et num. 7. *Quæ omnia adeo vera sunt, vt is qui à maioratus institutore facultatẽ eligendi per verba liberam voluntatem denotantia obtinuerit: possit etiam inimicum institutoris eligere.* Idem D. Molin. *lib. 2. cap. 11. num. 35. vers. In facultatibus*, Mieres *de maioratib. part. 1. quæst. 48. à num. 25.* Gutierrez *in pract. lib. 2. quæst. 67. nu. 3. & 4.* Matienç. *in l. 14. tit. 14. lib. 5. glos. 1. num. 12.* Castillo *lib. 4. controuers. c. 36. à num. 46. & lib. 5. cap. 67. num. 3. & 4.* Additionat. *ad D. Molin. dict. lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5.* Roxas *de incompatib. maiorat. part. 1. cap. 6. n. 358.* Excel. D. Crespi *obseruat. 22. à n. 37.*

22 Ita mirabiliter firmat, Mieres *de maioratib. part. 1. q. 72. nu. 17.* ibi: *Item quod si quis simpliciter, & indefinitè committat electionem, vel nominationem ad maioratum, vel meliorationem absque grauamine, quod nominet in familia, vel agnatione, aut ex consanguineis, non tenetur eligere cõsanguineum illius, qui commissionem dedit, sed potest extraneum nominare, vt colligitur ex resolutionẽ*, Simon de Præt. *lib. 3. de interpret. defunct. volunt. dubit. 4. solut. 1. n. 68. fol. 329. per regulam, l. cum quidam, ff. de legat. 2. Quod ex facto agitatum fuit; ad quod facit egregium consilium Paul. de Castr. supra scriptum egregius Doctor, n. 2. libr. 2. & melius*, Cæphal. *cons. 144. n. 80. lib. 3.* Gratian. *discept. 724. nu. 15. tom. 4.* Cald. Pereir. *de nominat. emphyt. quæst. 7. nu. 44.* Phæb *decis. 96. n. 3. 14. & 15.* Maldon. *ad D. Molin. lib. 2. cap. 5. supr. n. 4. & 5.* vbi refert decisum.

23 Argum. *l. Publius Mæuius 36. §. 1. ff. de cond. & demonstr. l. cũ acutissimi, C. de fideicom. l. si viua matre, C. de bon. mater.*

el que dexaua comunicado con su muger, y que ella les quisiesse dar, pues conociendolos, sabiendo sus nombres, y acordandose del parẽtesco, y auiendoles dexado vn legado de 1500.ds.a cada vno, al patronato no les dio mas nombramiento que el que su muger declarasse, y les diesse, (24) sin que en su cõsideracion hiziesse peso, ni el afecto del parentesco, ni la conseruacion del patronato en los de su familia, ò linage, ni otra alguna atencion a los suyos, circunstancias q̃ todas califican, no fue de alguna en su dictamen la presumpcion de amar mas a los propios, q̃ a los estraños (25)

29 Y aunque por parte de D. Diego, se ponderaràn algunas autoridades para probar, que Doña Maria no pudo anteponer los estraños de Don Iuan a sus sobrinos (26) Respondemos, que todos hablan, ò en terminos de arbitrio regulado, ò en los de auer el Testador mostrado voluntad, que la eleccion fuesse entre los suyos, para que la sucesion se conseruasse en ellos, ò en los de auer fundado mayorazgo, y dado solo el arbitrio para los llamamientos, porque como en el primer caso el arbitrio no es libre, no se puede estender a mas que a arbitrar segun verosimiles congeturas, y como en el segundo la voluntad de la conseruaciõ en los de la familia quedò explicada, pura, y perfectamente, no se

24 Vt in simili argumentatur Castill. *lib. 5. controuers. cap. 92. n. 46. in med.* Roxas *de incompatib. maiorat. part. 2. cap. 8. num. 39.*

25 Motus fortè verbis, & ratione, text. *in l. Lutius 88. § matre 16. ff. de leg. 2.* ibi: *A te vxor carissima peto, ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquas. Habes filios sororum tuarũ, quibus relinquas. Scis vnum fratrem tuum filium nostrum occidisse, dum ei rapinam facit. Sed & alius mihi deteriora fecit*, & conducit resolutio Menoch. *cons. 233. lib 3.* in casu satis huic simile.

26 *L. si sic 75. ff. de leg. 1 l. 1. § 1. ff. de leg. 2. l. fideicommissa 11. § quamquam 7. ff. de leg. 3. l. Thais 41 § fauore l. fideicommissaria 46. § quod si ita, ff. de fideicom. libert. cum simil. l. vnum ex familia 67. cum suis §§. l. cum pater 77. § hæreditatem, & § rogo 25. & § à te peto 32. ff. de legat. 2. cum similib.* Mar. Cutell. *decis. 26. à n. 18.* Castill. *lib. 2 controuers. cap. 26 & lib. 4. cap. 36 à num 33* (quibus postea satisfacit *à nu. 46.*) *& lib. 5. cap. 67. à n. 3 & cap. 87. num. 34. & 35.* Additionat. *ad D. Molin. lib. 2. cap. 5. nu. 4. & 5. vers. Nec personæ,* Noguerol *allegat. 9. à n 56. & 73.* Aug. Barbos. *vot. decis. 65. à num. 2. lib. 2.* Idẽ Castillo *tom 6. cap. 142. à num. 18. & n. 22.* Roxas *de incompat. maiorat. part. 1. c. 6. à n. 359 & n. 369* Maldonad. *in obseruat. ad D. Molinam, lib. 2. cap. 5. supr. n. 4. & 5.* vbi inter contrarias opiniones distinguit prout nos; cum authoritatibus à nobis adductis, *annotat. margin. 22.* & in Consilio nostri Regis sic decisum refert.

cue-

puede estender el arbitrio ā mas q̄ entre los della, y como en el tercero por el mismo hecho de auer fundado mayorazgo, quedò perpetuada la sucesion en todos los de la estirpe de el fundador, segun la prelacion de las primogenituras, (27) no le tiene el Comissario para llamar estraños, antes que a todos aquellos familiares, que por la fundacion del mayorazgo quedaron en su sucesion, pura, y perfectamente incluidos.

30 Pero en nuestro caso, ninguna destas circunstancias concurre, porque el arbitrio que se diò a Doña Maria fue absoluto, y libre, y ella no solo obrò en virtud del, sino tambien de la facultad, que en secreto la auia dado su marido para la entera declaracion de su voluntad, la qual no resulta de la serie de sus palabras, fuesse de que la sucesiō del patronato permaneciesse en sus parientes, ni de fundar mayorazgo della para ellos, con que las doctrinas que en nuestra oposicion se pueden ponderar, no nos la hazen.

31 Ademas, que siendo cierto, que en virtud de la facultad, que tuuo Doña Maria, pudo elegir a vno de los sobrinos de Don Iuan no mas, ò a todos juntos por los dias de su vida, y que cō esto cumplia, y que en esta misma consideracion pudo dexar de nombrar à Don Diego, ò no le nombrar solo, (28) se sigue por precisa conse-

27 D.Molin.*lib.1.cap.4.* à *n.13.* & *num.20.vers.Quæ omnia,* & *num.32.* & *ca 6.n.28.* & *cap.17.nu.26.vers. Nam vt supra,* Miet.*part.1.quæst.48.nu.67.* Castill. *tom.2.cap.22.* & *tom.3.cap.12.nu.70.* & *tom.5.cap.87.num.24.* & *tom.6.cap.143.* à *num.1.* Hermosill.*in l.44.tit.5. part.5. glos.5.num.15.* Noguer.*alleg.9.n.14.* & *59.* & *alleg.25.nu.104.* D.Valenç. *cons.69.n.7.* Aug.Barbos. *vot. decis.72. nu.4.* Mar.Cutell.*decis.29.nu.25.* & *decis.24. num.36.in fin.*

28 *L.filius familias 114.* § *sed si 17.* *ff.de leg.1.* ibi: *Verum est enim in familia reliquisse, licet vni reliquisset, l.vnum ex familia 67.* § *itaque ff.de leg.2.* ibi: *Satis erit vni reliquisse, l.1* § *quamvis 1.ff. de adsignand.libert.* D Molin.*lib.2. cap.4. nu.55.* Surd.*cons 29.* à *nu.5.* Menoch. *cons.277. in secund.dub.* & *cons.1107.nu.12. lib.12.* Cancer.*lib.1.var.cap.8.n.65.* & *lib.3 c.7.num.118.* Francisc.Molin. *de rit.nupt. lib.3.q.10.maximè num.41.* Pereira *decis.21.ante nu 2.* Mainard.*decis.5 lib.6.* Raudens.*decis.22* à *num 13.* Sesse *decis.55.* à *num.5* Fusar. *q 380. num.8.* idem Sesse *decis.437* à *num 9* Castill. *tom 6. controuers.cap 121.num 54.* & *55.* Mar.Cutell. *de donat tract.1.discurs.3 part 3.n.31.fol. 485* & *decis.10 final.num.24.* Ferrer *in constit.impuberum, glos.5.* à *nu 91.* & *supr. constit.hac nostra temp.3.declarat.2.nu.37.* & conducunt tradita a Castill. *libr.4.c.5.* à *nu.15.* & *tom.5.cap.68.* & à D. Olea *de cess.iur.tit 2.q.7.num 43.* in terminis Tondut.*part.1.resolut.ciuil.cap.50.n.6.* & *36.* & *cap.51 num.1.*

se-

ſequencia, què en llamarle à èl, y à todos ſus hermanos, y q̃ cada vno gozaſſe enteramente la ſuceſsion, los fauoreciò, y hōrò de tal ſuerte, que les pudo en algun modo grauar, anteponiendoles a Don Antonio, (29) (aunque en virtud de la amplia poteſtad que tenia, no lo huuieſſe podido hazer) lo qual oculármente ſe prueba de la clauſula en aquellas palabras, *y deſpues mis ſobrinos, como ella los nombrare, à cuya diſpoſiciō lo dexo*, en que lo q̃ literalmente ſe le comete es, que caſo que los quiera nombrar, ſea a todos juntos: luego en auer nombrado a cada vno de por ſi, y que cada vno en ſu tiempo perciba enteramente la renta, y honor del patronato (de que ſolo auia de tener vna tercera parte) fue fauor, y liberalidad de Doña Maria, en cuya conſideracion les pudo grauar, como hemos probado.

29 *Ex l. ſi fundum per fideicommiſſum 92. aliàs l. ſi Titio pecunia, §. fin. ff. de leg. 1. l. 1. §. ſciendum, ff. de leg. 3.* ibi: *Sciendum eſt autem eorum fideicommitti, quē poſſe, ad quos aliquid peruenturum eſt morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur*, D. Molin. *lib. 2. cap. 4. à num. 12. verſ. Sed reſpectu & num. 14. verſ. Hæc namque, & n. 16. & 17.* Decian. *conſ. 48. à num. 17. libr. 2.* Hieron. Gabr. *conſ. 132. quæſt. 11. libr. 1.* Spin. *in ſpec. teſtam. tit. de fideicommiſ. ſubſtit. à num. 60.* Peregrin. *deciſ. 106. per tot.* Vincent. Fuſar. *de ſubſtit. q. 511. à num. 1. & conſ. 93. concluſ. 3.* ex Cancer. Durand. & alijs Tondut. *part. 1. reſol. ciuil. cap. 50. num. 35.*

32 No ſolo por eſta cauſa pudo Doña Maria grauar a Don Diego, y ſus hermanos en anteponerles a Don Antonio (ſi ſe puede conſiderar eſte por grauamen, pues pendiò de ſu libre arbitrio, no les llamar, ò llamarles en el lugar que quiſieſſe) (30) ſino tambien por la de deuerſe ella conſiderar fundadora en la mitad del patronato (como ſe probarà en el punto ſiguiente) y auerles llamado a la suceſsion del, como a la de la otra mitad fundada de los bienes de ſu marido, cō que no es duda-

30 *L. vtrum §. cum quidam ff. de reb. dub.* ibi: *Plurimum enim intereſt; vtrum in poteſtate eius, quē teſtator obligari cogitat, faciat ſi velit dare; an poſt neceſſitatem dandi ſolius diſtribuendi liberum arbitrium concedit*, Tondut. *part. 1. reſol. ciuil. cap. 50. à num. 41.*

dable pudo imponerles, assi este grauamen, como otro qualquiera. (31)

33 Y finalmente, en comprobacion de la potestad que Doña Maria tuuo para hazer los llamamientos en la forma que estan, y q̃ no estuuo necessitada a llamar a DonDiego, y sus hermanos, se nos ocurre la decision del Consulto Scœbola, a quien auiendosele propuesto, (32) que Lucio Titio en su testamento dixo a su heredero, *encomiendote los Medicos, mis esclauos, fulano, y fulano, a tu juizio, y disposicion queda el tener buenos libertos, y Medicos, porque si yo les huuiesse dado libertad, quedaria con el recelo de lo que hizieron con mi querida hermana los Medicos esclauos a quien ella libertò, que acabada la cura, no la boluieron a ver*, y que en virtud destas palabras pretendian los Medicos esclauos de Lucio Titio, que su heredero precisamente les auia de libertar, porque dellas resultaua vna fideicomissaria dacion de libertad. Respondiò, que el heredero no quedò precisado a darsela, sino tan solamente advertido, de que si gustasse, tenia arbitrio para podersela dar, porque quedò diferida en su juizio, y disposicion. Es tan clara, y simil la determinacion de este caso al nuestro, que no es menester ponderarla, sino solo el que interuiniẽdo en aquel lo fauorable de la libertad, no bastò para coartar el arbitrio

31 *Ex regula l. ab eo 9. C. de fideicom. l. planè 94. § fin ff. de leg. 1 l. ab exhæredati 126. ff. eodem*, D. Molin *lib. 2. cap. 4. nu. 10. in fin.* & latis ad rem, idem D. Molin. *dict. cap. 4 num. 32. & 33. & cap. 11. n. 4. & vtrobique eius Additionator.* Cancer. *part. 3. var. cap. 15. à num. 171.* & specificè *num* 173. Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. glos. 9 part. 5. nu. 82.* vbi firmãt, electorem, qui præmaturè eligit; ex honore, & commodo prææmaturæ electionis, posse electam grauare; ergo multo melius poterit, qui de patrimonio, & liberalitate sua illum honorat; vt in patre meliorãte filium vnicum in tertio, & quinto bonorum; & in vtrisque grauamen imponente. Respondent DD; quia, & si tertiũ esset filij legitima necessario ei relinquenda; quintum tamẽ poterat cuicunque grauanti bene visso relinqui, D. Molin *dict. lib. 2. cap. 11. nu. 8* Pat. Molin. *de iust. & iur. tract. 2. disp. 609. lit.* E. Menoch. *conf* 411. *nu.* 31. *lib.* 5. Valasc. *consult.* 153. *à num. 4. lib. 2.* Paz *in l. 20 styli à num.* 30. Addit. *ad D. Molin. dict. num.* 8. Franc. Marzar. *in epitom. fideicom. quæst. 50. per tot.*

32 *In l. Thais 41. §. Lutius 6. ff. de fideicommissar. libert. ibi:* Lutius Titius ita testamento cauit. *Medicos tibi commendo illum, & illũ. In tuo iudicio erit vt habeas bonos libertos & Medicos. Quod si ego libertatem eis dedissem: veritus sum; quod sorori meæ carissimæ fecerunt Medici serui eius, manumissi ab ea: qui, salario expleto, reliquerunt eam.* Quæro, an fideicõmissa libertas suprascripti; competere potest? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, non necessitatem hæredibus impositam; sed arbitrium permissum.

trio

trio al heredero, porque el Testador le dexò diferido en su juizio, y disposicion.

34 Destas veridicas conclusiones, se sigue por precisa consequencia, que Doña Maria pudo, y tuuo facultad de Don Iuan para no llamar (aun a la mitad del Patronato de sus bienes) a D. Diego, y sus hermanos, y mucho mas pudo posponer su llamamiento al de D. Antonio, (33) no solo por lo libre de su comission, sino tambien por auerles dado llamamiento a todos tres depor si, pudiendo auer llamado a vno no mas, ò a todos juntos contẽporaneamente, y auerles llamado a la sucession de la otra mitad del patronato, que fue fundacion della, por auer constado de bienes suyos.

35 Pero aun quando el arbitrio, y comission de Doña Maria huuiesse sido regulado, siendo el precepto, ò grauamen de residencia en Madrid, tan justa, y fauorable a la conseruacion, expedicion, y cumplimiento del Patronato, pudo Doña Maria imponersele (como le impuso) a Don Diego, y todos los demas llamados, y priuar de la sucession al que no le obedeciesse, con que aun quando Don Diego tuuiesse algun humo de derecho, siempre se le deue diferir cũpliendo con este precepto, y no de otro modo. (34)

33 Vt mire probat Labeo in *l. mulier 20. §. fin. ff. de condit. institut.* ibi: *Si quis te hæredem ita instituit, si se hæredẽ instituisses, aut quid sibi legasses, nihil interest QVO GRADV IS A TE HÆRES INSTITVTVS, vel quid ei legatum sit; DVMMODO ALIQVO GRADV ID TE FECISSE PROBES.*

34 Ex *l. 2. l. originarios, & l. seruos, C. de Agricol. & censit, libr 11. l. 89. tit. 18. part. 3.* & alijs Mieres de *maioratib. p. 1 quæst. 57. à num. 3.* Gutierrez *de matrimon. cap. 23. à num. 15. & 20.* Acebed. *in l. 11. tit. 6. num. 22. lib. 5. Recop.* P. Thom. Sanchez *de matrim. lib. 1. disp. 40. num. 2. & 7.* Molin *de rit. nuptiar. libr. 1. comparat. 23. num. 50.* Dom. Hermenegild. de Roxas *de incompatib. maiorat. part. 2. cap. 1. à n. 61. & p. 7. c. 2. n. 8. & 9.* Morquecho *de diuis. bonor. lib. 4. c. 11. à nu 65. & 71.* qui di ũt textũ *in l. Titio centũ 71. §. Titio centum 2. ff. de condit. & demonstrat.* Esse intelligendum, quando conditio habitandi incerto loco, vana est, & in nullius fauorẽ cedens; secùs si non ita ad quod satis elegantem textum notamus in *l. illis libertis 84. ff. de cõdit. & demonstrat.* ibi: *Sed, si testator propter filij vtilitatem, his, qui cum eo morati fuissent, alimenta præstari voluit; contra voluntatẽ defuncti petentes audiri non opportere,* & cõducit Camill. Borrell. *in sum. decis. to. 3. tit. 72 de legat. à n. 104.* & Mart. *de succes. legal. part. 4. q. 18. art. 2. à num. 17.* D. Clement. Merlin. *decis. 380. à num. 2. & 408. à num. 2.*

Pun-

Punto Segundo.

36 LA Fundacion q̃ D. Iuan dexò dispuesta deste Patronato no fue pura, sino condicionada, taxatiua, y restricta a lo que viniesse procedido del empleo, que auia embiado a Indias, y asi no fue su volũtad grauar a Doña Maria como su heredera, a que de los bienes de la herencia la cumpliesse, (caso que no huuiesse algunos, ò los bastãtes en los que viniessen suyos del empleo) porque desto, ni ay palabra en el testamento, ni en la razon de derecho, y por el consiguiente no tiene asomo del Don Diego para intentarlo.

37 Que la disposicion fuesse condicional, y no pura, resulta euidentemente della, porque diziendo, *es mi voluntad, que trayendo Dios con bien la flota que ha ido à Nueua-España de las cantidades que lleuò mias Don Pedro de Argandoña, la dicha mi muger funde vnas memorias*, bien ocularmente se vè, que no dispuso pura, sino condicionalmente, puesto que aquellas palabras, *trayendo Dios con bien la flota*, hizieron que la disposicion pendiesse de el futuro casual sucesso de venir, ò no con bien la flota, y que en el primer caso tuuiesse subsistencia lo dispuesto, y en el segundo no. (35)

35 *L.conditionum 2.ff.de condit.* & *demonstr.*ibi: *Si nauis ex Asia venerit, nam quandoque venerit nauis conditioni paritum videtur, l.2 §.si sub conditione, ff.de bonor. pos.secund.tabul.*ibi: *Si nauis ex Asia venerit, l.1.* & *per tot.ff.de condit. instit. l.1.* & *per tot.C.de instit.* & *subst.l.1. C.de condit. insert.*Anton.Gomez *tom.1.var. cap.12. num.*59.& 60.Menoch *de præsumpt.lib.* 4.*præsumpt.*183.Peregr.*de fideicomm.art.* 16.*à num.*115.& 123.Castill.*lib.*4.*c.* 25. *à num.*68.& *cap.*55.*à num.*2.

51

38 A que si se juntan aquellas palabras, *trayendo Dios con bien la flota, &c.* por la misma naturaleza, de ser de gerũdio, y ablatiuo absoluto, y estar vnidas a tiẽpo futuro, condicionaron la voluntad, siendo su natural significado, ò interpretacion, *es mi voluntad, que si Dios traxere con bien la flota, &c.* (36) con que el certificarse, ò tener efecto esta disposicion pendiò de que Dios traxesse con bien la flota, y el procedido del empleo que en ella auia embiado Don Iuan, porque no viniẽdo, es indudable no tuuo efecto, ni se deuiò cumplir la disposicion, que debaxo desta casual cõdicion dexò hecha. (37)

39 Que la disposicion fuesse limitada, restricta, y taxatiua a lo que viniesse del empleo de Indias, tambien es euidente, porque disponer, *que trayendo Dios con biẽ la flota que auia ido a Nueua-España de las cantidades suyas que lleuò Don Pedro de Argandoña, su muger fundasse vnas Memorias, y Capellanias hasta en cãtidad de veinte y cinco mil pesos,* fue limitar, restringir, y taxar la fundacion a lo que meramente viniesse procedido del cuerpo del embio, puesto que su asignacion se hizo en la substancia de la misma disposicion, y a la substancial ordenacion della, como parece de ella, *de las cantidades mias que lleuò Don Pedro, mi muger funde vnas*

36 *L. si tu ex parte* 76. vbi glos. verb. *Adeundo*, explicat; id est si adierit, *ff. de adquir. hæredit.* Surd. *cons.* 72. *num.* 1. *lib.* 1. Castill. *lib.* 4. *cap.* 25. *num.* 7. vbi *num.* 8. de verbis ablatiui absoluti *per leg. à testatore* 109. *ff. de condit. & demonstrat. & l. facta* 63. *§. rescripto* 5. *ff. ad Trebell.* de quibus etiam *eodem lib.* 4. *cap.* 57. iterũ agit firmans inducere conditionem, & formam.

37 *L. multum* 21. *ff. de condit. & demonstrat. cum adductis sup. annot.* 35.

vnas Memorias, y Capellanias, &c. y assi solo de lo que viniesse de ellas, y no de los demas bienes de la herencia, es visto mandò se hiziesse, y deuiò hazer la fundacion. (38)

40 Prueba con singularidad esta proposicion vna ley de Partida (39) en que el señor Rey Don Alonso el Sabio dixo: *Teniendo algun Testador dineros en su arca, si cuydando, que eran diez marauedis dixesse assi; diez marauedis, que estan en aquel arca mia, mandolos a fulano, si los marauedis fueren tantos, vale la manda. E si por vētura fuessen menos, vale otrosi en quanto en aquello que hy fallaren, è el heredero non serà tenudo de dar mas. E si fueße mayor quantia de diez marauedis, non es tenudo de dar mas.* Luego del mismo modo en nuestro caso, si pensando Don Iuan que del empleo que auia hecho a Indias vendrian de la mitad del (porque la otra era de su muger por auer sido de bienes comunes) veinte y cinco mil, y mas pesos, dixo: *que trayendole Dios con bien, de las cantidades suyas que auia lleuado D. Pedro de Argandoña, su muger fundasse vnas Memorias, y Capellanias hasta en cātidad de 25U. pesos.* Si las cantidades que traxo Don Pedro de Argandoña fuessen desta, valdria la manda en toda, mas si por ventura fueron (como

38 *L. cum certus 5 ff de tritic. vin. vel oleo legat.* vbi ita Iulianus ait: *Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, & minus natum esset: nō amplius deberi placuit: & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba;* quod natum erit. *L. seruum filij 44. §. cum qui chyrographum 5. l. si sic 75. §. quod si addiderit 2. l. nihil proponi 120. ff. de legat. 1. l. Lutius 88. §. ciuibus 8. ff. de legat. 2. l. si quis seruum 8. §. si quis legauerit, ff eodem,* ibi: *Sed hoc tantummodo accipit, quod inuenitur. L. nomē debitoris 34. §. vni ex hæredibus ff. de leg. 3.* ibi: *Manifestè proponi, ex redditibus bonorum eorū iussum æs alienū exsoluere non de proprio. L. si debitor 39. § 1. ff. de contrah. empt. l. 1. §. sed & si 7. vers. Nam & si, ff. de dote prælegat.* optimus text. *in l. si seruus 108. §. qui quinque 10. ff. de legat. 1.* ibi: *Vt vero quinque, quæ deerunt, ex testamento peti possint, vix ratio patietur, nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatū videtur: l. cum ita 32. aliàs 33. § species, ff. de leg. 2.* pluribus adductis Castillo *libr. 4. controuers. cap. 54. à num. 17.* vbi *num 21. & 22.* duas decisiones refert: Gratian. *discept. 256. lib. 2. & discept. 683. à nu. 1. & 11. tom 4. & discept. 848. à num. 19. & 853. à num. 86. tom. 5.* Guzman *de euict. q. 30.* qui in casu satis huic difficiliori sic in Consilio nostri Regis decisum refert *à nu. 9. & 55 & 88.* Francisc. Barry *de succes. lib. 9. tit. 19. num. 9.* Don Francisc. Merlin. *to. 2. controu. cap 46. & 82.* Gizarell. *decis 84.* Rouit. *decis. 57.* Vella *dissert. 33. num 5. & 49. & dissert. 36. n. 6. & 7. & num 148. tom. 2.* Marinis *libr. 2. var. cap 124.* Suelues *cons. 17. à n. 1. tom. 2.* Excel. D. Crespi *obseruat. 40. à nu. 13. tom. 1.* Roxas *de incompatib. maiorat. part. 5. cap. 6. à num. 53.*

39 *L. 18. tit. 9 part. 6.*

fueron) menos, *vale otrosi en quãto en aquello, q̃ hy fallaren, è el heredero nõ serà tenudo de dar mas*, como dize la ley.

41 Y aunque por parte de D. Diego se quiera replicar, q̃ la asignacion que hizo Don Iuan de lo que viniesse del empleo, fue por causa de demostracion, y no de taxacion, y que assi no auiẽdo venido todos los 25U. pesos, lo que faltò a su complimiẽto se deue suplir de los demas bienes de su herencia. (40)

42 Respondemos es incierta la replica, porque la distincion, ò regla, que consideran los Autores, para conocer si el cuerpo, ò efecto asignado para la paga del legado, fue demostratiua, ò taxatiuamente, es, que si el legado se hizo puramente de cantidad determinada, y despues se asignò, ò destinò el efecto, ò cuerpo, de que se auia de hazer la paga (como si vno dixesse, *mando a Pamphilo quinientos ducados, los quales se le paguen por tercias partes, de lo que tiene Iulio mi factor la vna, de lo que tengo en los Reales del Exercito otra, y de lo que dexo en dinero la otra*, que es el exemplo que pone el Cõsulto Iuliano) (41) en tal caso se juzga, que la asignaciõ fue demostratiua, y si no huuiesse en ella bastante para la paga de los quinientos ducados, el heredero lo avria de suplir de los demas bienes de la heren-

40 *L. quidam testamento 96. ff. de leg. 1. l. Paula Callinico 27. §. fin. ff. de legat. 3. l. fundi 38. ff. de vsufruct. legat. l. Firmio 26. ff. quand. dies leg. ced. l. Gaius 12. ff. de annuis legat. l. legatum 17. ff. eodem, l. ex* [illegible]*o 13. ff de tritic. vino. & oleo leg. l. in conditionibus 19. §. hæc scriptura, vers. Proinde, ff. de condit. & demonstr. l. liberto 21. §. [illegible] liberto, ff. de annuis legat.* D. Solorzan. *de Indiar. gubernat. lib. 2. cap. 10. à nu. 51. tom. 2.*

41 *In dict. l. quidam testamento 96. ff. de legat. 1.* & cæteri Iurisconsulti, qui in legibus, annotatione superiori adductis, in similibus casibus loquuntur; vt statuant designationem rei, aut corporis, ex quo legatum erat præstandum demonstratiuè, & non taxatiuè adiectum ei fuisse.

tencia, porque es visto, que el Testador tan solamente quiso demostrar a su heredero, de que efecto podia mas prontamente pagar, mas no condicionar el legado, que puramente acababa de hazer.

43 Pero si en la substancial ordenacion, y faccion del legado, se asignò el efecto, ò cuerpo, de q̃ se auia de cumplir, y satisfazer (como si el testador dixesse, *del vino que se cogiere en el fundo Semproniano mi heredero dè cien cantaras a Seio*, que es el caso que propone el mismo Iurisconsulto Iuliano,) (42) entõces es certissimo, que la asignacion fue taxatiua, y que si no huuiere bastante en ella para el cumplimiento del legado, el heredero no estarà obligado a suplir lo que faltare a la cantidad expressada en el, porque entonces es visto, que la voluntad de el testador fue taxar, condicionar, y limitar su cantidad a la que meramẽte se hallasse en aquel efecto, ò cosa que en su misma formacion asignò para su paga, (43) y esta es la distincion verdadera, comun, y mas cierta, que afirma por indubitable el corriente de los Autores. (44)

44 La qual corre, aunque el legado sea pio, y para fundacion de Memorias, y Capellanias, porque si el efecto que se destinò a su paga fue taxatiua, y no demostratiuamente, el heredero no està obligado a suplir la falta que en

42 *In dict. l. cum certus* 5 *ff. de tritic. vin. & oleo legat.* & cæteri Iuriscõsulti, qui in legibus *annotat.* 38. adductis; similia adducunt exempla; vt statuant, appositionem rei, ex qua præstandum legatum erat, taxatiuè, & non demonstratiuè, adiectam fuisse.

43 Ex textu, quem à nullo, ex his, quos viderim, adductum inuenimus *in l. 1. §. fin. ff. de cond. & demonstr.* vbi Pomponius I. C. ita ait, *inest autem cõditio legati, veluti cũ ita legamus*, quod ex Arecusa natum fuerit, hæres dato; *aut* fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, hæres dato: *aut*, seruum, quem alij non legauero Seio dato.

44 Post Bart. Paul. de Castro, & Antiquos ita distingunt, Ioann. Garcia *de expens. & meliorat. cap. 4. à num.* 34. Salazar *de vsu, & consuet. cap.* 11. *num* 20. Gutierrez *in l. nemo potest, n.* 5 o6 *ff. de leg.* 1. Pinel. *in l. 2. C. de rescind. vend. p. 3. cap. 2. n.* 13. Anton. Gom. *in l. 17. Taur. num.* 14. *vers. Sed his non obstantibus*, Castill. *libr.* 4 *controuers. cap.* 54. *nu.* 17. & 18. Aillon *ad Anton Gom. tom. 1. var. cap.* 12. *nu.* 46. Chartar. *decis.* 110. Fulu. Pacian. *cõs* 22. *ferè per tot.* Ludouic. Morot. *respons.* 5. *num* 4. Menoch. *cons.* 337. *lib.* 4. Marta *decis.* 170. & *in digest. nouis. decis. tom.* 5. *tit. legatum cap.* 3. Anton. Faber *in suo Codic tit.* 17 *de legat. d. finit.* 4 Guzmã *de euict. dict. q* 3 *nu* 87. Rouit. d. *decis.* 57. Ioan. Mar. Nouar *de priuileg. miser. persõnar. priuileg.* 163. *à nu.* 8. & 9. vbi loquitur in legato cõcepto similibus verbis ac nostro, Francisc. Barry *de succes. dict. lib.* 9 *tit.* 19. *n.* 9. *vers. Sed Carolus Losseau.* & ferè omnes DD. adducti supr. *annotat.* 38. Ciriac. *controu.* 336. *à num.* 5. *tom.* 2. Mart. *de succes. legal. part.* 4. *quæst.* 18. *art.* 10. *num.* 57. & 58.

en el huuiere para su cumplimiento. (45)

45 De estas seguras, y verdaderas conclusiones resulta, que el legado, que Don Iuan hizo para esta fundacion, fue dos vezes condicional, limitado, y restricto a las cantidades que viniessen suyas del empleo, vna por la misma forma dela concepcion de sus palabras, *es mi voluntad, que trayẽdo Dios con bien la flota q̃ ha ido a Nueua-España*. Otra por la taxacion de su mesma ordenacion, y substancial limitacion, que en la essencia de su misma formacion le diò, *de las cantidades mias que lleuò Don Pedro de Argandoña, mi muger funde vnas Memorias, y Capellanias*. Y es de aduertir, que no dixo generica, y indefinitamẽte, *mando veinte y cinco mil pesos para la fundaciõ de vnas Capellanias, la qual mando haga mi muger, como mi heredera de las cantidades q̃ vengan del empleo de Indias*, ò otras palabras equipolẽtes a estas, en q̃ despues de vn legado puro, y de cantidad cierta asignasse,

45 Vt authoritate Rotæ probat Garcia *sup. n.* 35. Castill. *nu.* 21. ibi: *Procedit etiam eadem distinctio in anniuersarijs, & Cappellanijs, & dispositionibus quibuslibet ad pias causas; vt scilicet distingui debeat, an locus, vel persona taxatiuè, & conditionaliter an demonstratiuè adijciatur, prout in anniuersarijs, & Cappellanijs loquitur Perez de Lara lib.* 1. *dict. cap.* 15. *n.* 21. Ioan. de Amicis *cons.* 46. Franchis *decis.* 483. *& decis.* 721. Faber *d. diffinit.* 4. *vers. Diuersum*: vbi in alimẽtis eandẽ distinctionẽ probat, ex Rota *decis.* 11. *de testam. in antiq.* Marta *in digest. nou. decis. d. to.* 5. *tit. legatum, c.* 3. Guzm. *d. q.* 30. *à n.* 75. 87. *&* 91. Rouit. *d. decis.* 57. Renat. Choppin. *lib.* 2. *Monastieon. tit.* 1. *nu.* 28. Roxas *de incõpat. maiorat. d. p.* 5. *c.* 6. *n.* 53 *&* 54. Ioan. Mar. Nouar. *dict. priuileg.* 163. *à num.* 4. *& à num.* 18. vbi *à nu.* 21. interpretatur *l. Caius* 12. *ff. de ann. legat. & l. Lutius* 12. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Satisque iuridicè statuit nihil huic conclusioni probesse; contrarijsque satisfacit, Monet. *de commut. vlt. vol. cap.* 5. *n.* 572. Durand. *de art. testand. tit.* 6. *de legat. cautel.* 59. ex Caualc. Gigãt. & alijs Tondut. *part.* 3. *resol. benefic. cap.* 162. *n.* 4. *&* 5. Ciriac. *dict. controu.* 336. *sub nu.* 12. optimè Don Clemens Merlin. *decis. Rotæ* 456. *à n.* 34. vbi *à num.* 36. loquẽs in legato pio ita ait; *Quoniam quoad legatũ pro lampadis conseruatione, Domini non dubitarunt, quin fuerit omninò soluendum, licet loca montium non fuerint reperta in hereditate, siquidem testator, primò legauit absolutè, & per rationem perfectam, & deindè separatim mandauit legatum solui ex locis Montium; vnde loca Montium non dicũtur adiecta taxatiuè, sed demonstratiuè, adeò vt licet illa non fuerint inuenta, legatũ sit præstandum ex reliqua hæreditate iuxta l. quidam testamento ff. de legat.* 1. *& benè distinguendo tradit Castrensis cons.* 338. *n.* 3. *lib.* 1. *Alex. cons.* 216. *n.* 3. *lib.* 7. *Simon. de Pretis cons.* 117. *n.* 14. *Gabr. cons.* 105. *nu.* 9. *lib.* 2. *Manent. cons.* 6. *nu.* 14. *& seqq. Rot. decis.* 662. *n.* 1. *part.* 1. *diuers. cum alijs: legatum enim huiusmodi nõ consistit in locis Montiũ, sed in præstatione illa quantitatis in genere, nec deficit substantia legati, licet demonstratio, & designatio adiecta executioni eiusdẽ sit falsa, Bart. in dict. l. quidam testament. in princ. ff. de legat.* 1. *Bald. in l. si sic legatum, § si mihi, vbi etiam Ias. nu.* 1. *ff. eod. Berret. cons.* 91. *nu.* 4. *& seqq. Gabr. dict. cons.* 105. *num.* 1. *& seqq. Licet secus esset, si eadem oratione, & vnico contextu verborum contineretur legatum, & vndè, vel ex quibus pecunijs debeat illud solui; & sic appareret, testatorem non habuisse pro distinctis rem legatam, & solutionem ad quem effectum considerat Castrens. vnitatem, vel duplicitatem orationis, vt sciè ponderat Laderch. cons.* 159. *per toto tunc enim quia solutio dicitur adiecta causa taxationis, & limitationis, si pecuniæ illæ non reperiantur, corruit legatũ, vt docent præ alleg. DD. & benè per Rot. decis.* 11. *nu.* 8. *&* 9. *de testament. in antiq. Card. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib.* 9. *tit.* 3. *num.* 20. *Menoch. cons.* 1162. *nu.* 15. *&* 16. *plenè Laderch. d. cons.* 159. *per tot. & Modern. Mantuan. controu. forens. cap.* 336. *num.* 11. *&* 12. hæc prædictus Merlin.



ſe, ò demonſtraſſe el efecto de que mas prompta, y efectiuamente ſe pudieſſe executar ſu cumplimiento, ſino que deſde el principio le entrò limitando, a ſi Dios traxeſſe con bien la flota, y deſpues que huuieſſe aportado a ſaluamento, a lo que vinieſſe procedido de las cantidades que auia lleuado ſuyas Don Pedro de Argandoña; de modo, que primero ſeñalò el efecto, y limitò a èl la paga del legado, que formaſſe, ni diſpuſieſſe perfectamente el miſmo legado.

45 Eſto ſe corrobora, de que a ſu muger, como ſu heredera (en todo el teſtamento) en quanto a eſte legado no la grauò en coſa alguna, ni dixo, que de los bienes q̃ dexaua ſe cumplieſſe el defecto, ſino que deſde el miſmo principio entrò limitando eſte legado al procedido de las cantidades ſuyas del empleo (en que es viſto le reſtringio a las que meramente del vinieſſen ſuyas,) (46) y a no auer ſido eſta ſu voluntad, ni le empeçara cōdicionandole, a ſi Dios traxeſſe cō bien la flota, y deſpues circunſcriuiendole al procedido de las cantidades ſuyas que auian ido en ella.

46 *Vt in l. cohæredi 41. §. quod ſi hæreditatem, ff. de vulgar. & pupill. l. ex facto 17. in princip. l. cogi 16. in princ. & §. 1. l. Lutius, §. 1. ibi: Subſtantia mea: & §. 2. ibi: Exhæreditate mea. ff. ad S.C. Trebell. l. pater filium 38. § pater, ibi: Quæ ex bonis meis ad eos peruentura ſunt, ff. de leg. 3. cum ſimilib.*

47 Esfuerçaſe eſte diſcurſo, en el de que ſabiendo Don Iuan, q̃ la mitad de las cantidades que auia lleuado Don Pedro de Argandoña era de ſu muger (por auer ſido de bienes comunes conſtante el matrimonio adquiridos, como èl

mismo lo confessò en otra clausula de su testamento referida nu.6.) y que èl la dexaua por su heredera, no quiso grauar, ni grauò a la paga de este legado la mitad que de ellas la pertenecia, sino tã solamente la otra q̃ a èl tocaua; y assi dixo de las cantidades *mias*, limitãdose a ellas con este possessiuo, (47) lo qual no huiera hecho, a auer sido su animo de grauar vniuersalmẽte los bienes de su herencia, pues hasta lo q̃ en ella cupiesse huuiera podido afectar a este legado la parte que en el emplo tocaua a su muger por gananciales.

47 Vt constat ex iuribus annotat. proxima adductis.

48 Estas cõsideraciones, ocularmente conuencen, que Doña Maria cumplia con auer hecho la fundacion de la mitad de las cantidades procedidas de las que auia lleuado empleadas Don Pedro de Aigandoña (que rebaxados gastos, importaron ocho mil ciento y cinquenta pesos, y eran las que de ellas pertenecian a su marido) y q̃ en auerla hecho de la otra mitad que a ella tocaua, obrò con la libertad de tener su dominio (por faltarle en esta la precission de obligacion que en aquella) y assi se deue considerar por Fundadora en ella, y por el cõsiguiente pudo hazer los llamamientos, sustituciones, y grauamenes que su libre arbitrio le dictasse. (48)

48 *L. in re mandata* 21. *C. mandat. l.* 2. *ff si quis à parent. fuerit manum* ibi: *Iniquũ est ingenuis hominibus non esse liberã rerum suarum administrationem, l.* 3. *tit.* 5. *part.* 5. D. Solorzan. de *Indiar. gubernat. lib.* 2. *cap.* 27. *à nu.* 66. *tom.* 2. D. Olea *de ces. iur. tit.* 3. *q.* 12. *num.* 23. & in terminis ex *l.* 6. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* & alijs plurib. ipse D. Olea *tit.* 4. *q* 8. *num.* 18. D. Valenzuel. *cons.* 31. *à num.* 34.

49 Que esta mitad tocasse a Doña Maria, no parece se puede poner en duda, assi por confessarlo

el mismo Don Iuan en la clausula referida num.6. y probar por si sola plenissimamente esta confession, (49) principalmente (quando no fue hecha en perjuizio de quien tuuiesse preciso, y necessario derecho de heredarle, (50) que ni Don Diego, ni sus hermanos podian pretender) como porque la presumpcion de derecho es, que todos los bienes que restan disuelto el matrimonio, se juzguen gananciales del, mientras euidentemente no se pruebe lo contrario. (51)

50 Sin que pueda alentar el intento de Don Diego auer procurado probar con tres testigos singulares, y varios, que antes de casar Don Iuan con Doña Maria tenia mucha hazienda; pues (ademas q̃ esto no se verifica por la variedad de sus deposiciones, (52) y porque no concluyen, ni verifican el extremo de tenerla en ser al mismo tiẽpo que casò, que era lo que deuian concluir para probar,) (53) este supuesto, es totalmente inutil para nuestro caso, porque confessando el mismo Don Iuan, que toda la hazienda que quedaua era gananciales de su matrimonio con Doña Maria, no le queda recurso a D. Diego, ni à otro alguno que no tenga derecho de acreedor de Don Iuan, ò de heredero suyo para impugnar esta confession: que quando como tal no justifique, se resuelue en legado, ò donaciõ causa mortis, a fauor de Doña Maria, a que

no

49 *L. Lutius Titius 98 § quisquis 10. ff. de leg. 2. l. qui vxori 18 ff de Aur. & Argent. legat. l. Titia 34. §. Gaius Seius 3. ff. de legat.* 2. Anton. Gom *tom. 1. var. cap. 12. num.* 81. Spin. *in specul. testam.* glos. 18. *à num.* 106 Gutierr. *lib 3. pract. quæst.* 96. Gratian. *discept.* 116. *à n.* 45 *tom.* 1. Surd. *decis.* 250. & 285. Flores Diaz de Mena *in a.ldit. ad decis. Gamm.* 165. Sesse *decis.* 385. *part.* 4. D. Valenzuel. *cons.* 86. *nu.* 18. & 19. Castill *tom.* 5. *controuers. cap.* 111. *à num.* 1 & *de aliment. cap.* 52. *à nu.* 2. Peguera *decis.* 149.

50 *L. quidam testamento 27 ff. de probat. l. cum quis decedens 37. §. Titia 6. ff. de legat.* 2. pluribus adductis Castillo *d. cap.* 111. *à n.* 10. & *tom.* 6. *cap.* 125 *à n.* 13. & 14. & *de aliment. cap.* 52. *nu.* 4. D. Valenzuel. *d. cons.* 85. *à nu.* 5. *tom.* 1. & *cons.* 174. *à n* 1. *tom.* 2. Vella *dissert.* 42. *à nu.* 1. *tom* 2. D. Olea *de cess. iur. tit.* 4. *q.* 5. *nu.* 16. *vers. Inde est*, D. Salgad. *in labyr. p.* 3. *cap.* 13. *à n.* 20. *vers. Hinc si pater*, Carleual *de iudic. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 8. *sect.* 6. *sub nu* 98. *tom.* 2. Excel. D. Crespi *obseruat.* 23 *nu.* 85. *tom* 1. Amaya *in l.* 1. *num.* 20. *C. de delatorib. lib.* 10.

51 *L.* 1. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* qua approbatur *l.* 203. *styli*, ita disponens. Ex Palac. Rubios, & Roderic. Suarez: Anton. Gomez *in l.* 50. *Taur. num* 70. D. Solorzan. *de Indiar. gubernat. lib.* 2. *cap.* 15. *nu.* 38. *tom.* 2. D. Olea *de cess. iur. tit.* 4. *quæst.* 8. *num.* 1. D. Valenzuel. *cons.* 31. *à nu.* 30. & 33.

52 Hippol *singular.* 114. Menoch. *cons.* 186. *à n* 24. Barbos. *in collect. ad cap. in omni negotio* 4. *n.* 31. *de testib.*

53 *Arg. cap. tertiò loco 5. de probat. cap. ex tenore 35 de test. l.* 117. *tit* 18 *part.* 3. & *l.* 32. *tit.* 11. *part.* 5. & quæ per ea iura circa probationem circumscriptiuam tradit Rex. *de incomp. t. maiorat. part.* 2. *c.* 1. *à nu.* 14. & 49 & in terminis Anton. Gom. *in l.* 50. *Tauri, sub n.* 70.

nõ puede resistir quien no fuere perjudicado en derecho cierto, y preciso. (54)

54 Vt constat ex adductis *sup. ad notat.* 49. & 50.

51 De menos,ò tã poca essencia es, el auer solicitado verificar, que en la flota del año de 63. traxo D. Mendo de Cõtreras 6U200. pesos, q̃ se quiere dezir eran de caudal de Don Iuan de Santiago: Lo primero, porque esto no se ajusta, pues solo lo dize vn testigo singular, y el que fuessen de Don Iuã, y no de Doña Maria de oidas a D. Gregorio Rodriguez de Atiença (primo de Don Diego, y el principal fomentador deste litigio,) con que asi por la primera, como por la segunda circunstãcia no lo prueba. (55)

55 *Cap. in omni negotio* 4. *de test. l. vbi numerus* 12 *ff. eod.* Valasc. *consult.* 73. Amat. Roderic. *in pract. & mod. vidend. proces. cap.* 7. *à num.* 18. Alderet. *de relig. discip. tuend. lib.* 2. *cap.* 3. Aug. Barbos. *in collect. ad dict. cap. in omni negotio à num.* 2. & quod testis de auditu nõ probet, nec onus probandi in aduersarium transferat probatur, *in l.* 28. & 29 *tit.* 16. *part.* 3. *l.* 20. *tit.* 9 *part.* 4. plenè Castill. *tom.* 6. *controu. cap.* 122. *à n.* 3. Aug. Barbos. *in c. cam litteris* 33. *à n.* 2. *de testib.*

52 Lo segundo, porque en el intermedio que auia era viuda Doña Maria, cabe huuiesse dado este caudal a Don Mendo, y que èl se le pagasse de el que traxo en la flota del año de 63. por no auer tardado aquel año en ida, y buelta mas que ocho meses.

53 Lo tercero, porque (aunque fuesse cierto en todo el supuesto contrario) siempre la mitad de esta cantidad era de Doña Maria, como de caudal adquirido constante el matrimonio, y prestado a Don Mendo del, y la otra mitad nunca se deuiò conuertir en esta fundacion, porque no fue este el efecto que D. Iuan destinò, y afectò a ella, sino lo que viniesse en la flota de las cantidades suyas, que

auia

auia lleuado Don Pedro de Argandoña, limitando su fundacion à lo que dellas porocediesse (como se ha probado) y assi bien claramente se reconoce quan sin fundamēto es tābien este punto para el nuestro, pues se quieren hazer vno, y confundir los que fueron dos tan distintos efectos, y consignaciones, deuiendo cada vno regularse con diuersa inspeccion, y distinta naturaleza. (56)

54 De que se sigue, que teniēdo probado D. Antonio tan concluyentemenre, como se aduirtiò en el nu. 8. que Don Pedro de Argandoña no traxo de todo el empleo mas que diez y siete mil quatrocientos y treze pesos, y seis reales de plata, de que rebaxados gastos de conducion, y otros quedaron precipuos diez y seis mil y trecientos pesos, y que destos enteramente hizo Doña Maria la fundacion, y gastò mas deellos 1177. rs. de plata (sin contarse los gastos de escrituras, y otros menores) no solamēte cumpliò con ella, sino que en su mitad, y mas se deue tener por fundadora, por auersela aplicado de caudal, que realmente era suyo, (57) y para poder dezir Don Diego lo contrario, auia de probar, que Don Pedro de Argandoña traxo tanta cantidad, que rebaxada la mitad para Doña Maria, quedò en ella la de veinte y cinco mil pesos, para que se hiziesse dellos la fundacion, lo

56 *L. si procuratoris 5. §. si plures ff. de tribut. act. l. si certarum 18. § Iulianus, ff. de milita. testam. l. hæredes 26. § si miles, ff. famil. erciscund. l. si cum militi 16. ff. de compensat. l. ex facto 35. ff. de hæred instit. l. Titium, & Mæuium 47. §. tutores ff. de administrat. tutor.* D. Salgad. *in labyr. part. 1. cap. 9. à n. 48. & per tot. & part. 2. cap. 12. à num. 1. & à n. 46. & 52.*

57 Vt manet probatum n. 48. & 49.

qual ni lo ha verificado, ni aun articulado (ni pudiera) por ser contra la verdad.

55 En este verdadero concepto, el Visitador Eclesiastico, auiendo Doña Maria presentado ante èl la quenta del caudal q̃ traxo Don Pedro de Argandoña, las diligencias que hizo para descubrir si auia traido mas, y los gastos que causò en la fundacion, la diò por libre, declarandose auia consumido todo en ella, y auia gastado mas 1177. reales de plata (sin computarse otros de escrituras, y diligencias) y este auto, ò sentencia le produxo plena liberacion, porque en su juizio se conociò, y deduxo con la parte formal del Fiscal de la Visita lo mismo que oy se deduce, y pretende suscitar, (58) y por ser de Iuez a quien toca la inquisiciõ, y cumplimiento de semejantes casos. (59)

56 Y aunque por Don Diego se quiera dezir, que no le pudo perjudicar, por auer sido sin su citacion, respondemos, q̃ para el punto de la sucession (si tuuiesse derecho a ella) dezia bien, por ser este derecho propio, en que otro ninguno era principalmente interessado, ni èl le deriuaua de otro que el que en su persona residia; mas para el de si cumpliò, ò no Doña Maria con hazerla desta, ò de aquella cantidad, recibe error, porque a quien principalmẽte toca esta causa, aueriguacion, y defensa, es al Vi-

58 *L. cum quæritur 12. cum seqq. ff de except. rei iudic.* Castill. *lib. 5. controuers. c.* 104. *à n.* 25. D. Salgad. *de retent. Bullar. p.* 1. *cap.* 12. *per tot. & præcipuè à nu.* 18. vbi *à num.* 20. quod sufficit, quod identitas causæ, personarum, & rei, interueniat vere, vel interpretatiuè, de quo etiam Noguer. *alleg.* 38. *n.* 56. *& seqq.*

59 *Cap. nos quidem 3. cap. tua nobis,* 17. *de testament.* *Concil. Trident. ses.* 22. *de reformat. cap.* 8. *l.* 5. *&* 7. *tit.* 10. *part.* 6. *l. nulli* 28. *C. de Episcop. & Cleric. auth. de Ecclesiastic. tit. § si quis ædifficationem, & § pro redemptione,* Marta *de iurisdict. p.* 4. *cas.* 88. *à n.* 14. *& cas.* 113. *n.* 31. Aug. Barbos. *de potest. Episcop part.* 3. *allegat.* 82. *per tot.* Fontanel *decis.* 228. *à n.* 1. *tom.* 1. Hieronym. de Leo *decis.* 20. *libr.* 1. pluribus adductis D. Solorzan. *de Indiar. gubernat. lib.* 2. *cap.* 24. *à n.* 121. *tom* 2. Gabr. Pereir. *de manu Reg. part.* 1. *cap* 16. *à n.* 2. Carpio *de execut. testament. lib.* 1. *cap.* 22. *per tot.* obtimè Castillo *lib.* 8. *de aliment. cap.* 6. *à n.* 8 *& cap.* 7. *per tot. maximè à num.* 2. vbi fere omnes hanc rem agentes adducit.

Visitador Eclesiastico, y Fiscal de la Visita, y lo que con su assistencia se declarò, hizo cosa juzgada para con todos los que por el derecho de la clausula pretendan suscitar la misma question; porque por aquel mismo quedò declarado; q̃ la fundacion se hizo legitimamente, y de todo lo que debiò constar; y assi a qualquiera que renueue el derecho de la misma fundacion, le obsta lo que con ella, como principal interessada se decidiò. (60)

57 Y finalmente concluimos esta defensa (que se ha hecho prolixa, mas por la instancia con que por Don Diego, y su Abogado se ha fomentado el litigio; que por necessidad, para obtener en èl D. Antonio) con q̃ quando D. Diego tuuiesse alguna sombra de derecho para qualquiera de las dos pretensiones, que ha esforçado en sus pedimientos (que negamos) quedaua excluido del, por otra clausula de la misma fundacion, en que se priua del llamamiento a qualquiera que sobre èl mouiere cõtrouersia litigiosa (61) y aunque sea verdad, que si Don Diego tuuiesse derecho para que Doña Maria le huuiesse de llamar a la mitad del Patronato fundado de bienes de D. Iuan de Santiago, no le podia embaraçar absolutamente su solicitud con esta priuacion, (62) sin embargo en quanto a la otra mitad que ella fundò de caudal suyo, no es dudable queda para siempre exclui-

60 *L. sæpè 63. ff. de re iudic. l. ingenuum 25. ff. de statu hominis*, D. Couarr. *in pract. cap. 13. à nu. 4. & lib. 1. var. cap. 13.* Carleual. *de iudic. lib. 1. tit. 3. disp. 11. n. 1.* D. Larreatigui *lib. 6. select. disp. 2. num. 1.* Amat. *resolut. 79.* D. Valenzuel. *cons. 92. à num. 63. & 155. à nu. 54.* D. Larrea *decis. 63. n. 19.* D. Salgad. *in labyr. part. 3. c. 13. n. 50.* Capic. Galeot. *controuers. 56. to. 2.* Reuerter. *decis. 125. & 307.* vbi Marinis *in obseruat. tom. 1.* Eman. Alvarez Pegas *resolut. forens cap. 5. à nu. 1.* D. Molin. *de primogen. lib. 4. cap 8. à nu. 3.* Castill. *to. 6. controuers. cap. 157.* Fusar. *q. 622. à n. 1.* pluribus adductis Addit. ad D. Molin. *dict. n. 3.* Ramon *cons. 3. nu. 8. & cons. 100. n. 310.* Excel. D. Crespi *obseruat. 22. num. 201. & obseruat. 23. n. 86. to. 1.* Scobar. *de puritat. & nobilit. p. 1. q. 13 §. 1. nu. 15. & §. 2. nu. 18.* Marinis *in obseruat. ad decis. 428. Reuerterij num. 3. & 4. tom. 2.* Excel. D. Petr. Carrillo *decis. Rotæ 62. nu. 9.* Andreol. *controu. 157. n. 1.* qui in varijs casibus id probant moti authoritate Papinian. *in l. liberto 31. §. fin. ff. de negot. gest.* ibi: *Vno defendente causam communis aquæ sententia prædio datur.* & Pauli *in l. sed 4. §. si alter 5. ff. finium regundor.* ibi: *Quoniã magis fundo, quam personis, adiudicari fines intelliguntur*: & ex alijs textibus adductis à D. Couarruu. & D. Molin. sup. & conducit satis, quod ex Gonzalez, Garcia, Rota, Potio, Riccio, Barbosa, Loterio, & alijs tradit Noguerol. *allegat. 38. n. 59.* vbi sententiam super qualitate beneficij, seu patronatus latam, ita illum afficere probat, vt omnibus in eo successoribus obstet, vt amplius super ea qualitate disceptari nequeat.

61 *L. Lutius Titius 78. §. tres hæredes, & §. idem quæsit. ff. ad S. C. Trebell. l. vxori 41. §. hæredis scripti 14. ff. de legat. 3. l. Titia 34. §. Lutius 6.* ibi: *Cuius rei quæstionẽ fieri veto ff. de legat. 2.* Alex *cons. 52. lib. 2.* Dec. *cons. 336. à n. 1. & cons. 613. à n. 1.* Hond. *cons 68. à n. 1. vol. 2.* Peregrin. *de fideicom. art. 35. nu. 5.* Roland. à Valle *cons. 70. nu. 70. lib. 3.* Surd. *de aliment. tit. 9. q. 26. à n. 27. & cons. 506. à n. 12. & decis. 194. à num. 1.* Carroc. *decis. 36.* Paul. Bellon. *de potest. eorum quæ incontinenti fiunt, lib. 1. cap. 76.* Marta *de succes. legal. part. 4. quæst. 12 art. 9.* Castill. *de vsufruct. cap. 15. à n. 10.* Anton. Faber *in Codic. lib. 6. tit. 23. diffinit 6.* Roxas *de incompatib. maiorat. part 3. cap. 1. à num. 90.* Tondut. *part. 2. resolut. ciuil. cap. 242. à n. 1. tom. 2.* Valeron statim referendus *n. 44. & 46.*

62 *L. penult. ff. de liberat. legat.* & agnoscunt, aliqui ex adductis annotat. superiori, & Valeron *de transact. tit. 2. q. 2. n. 45.*

cluido por la contrauencion en la formacion de este pleyto. (63)

63 Vt constat ex adductis suprà annotat. 61. & Fusar. *de substitut. q.* 583.

58 Por cuyos motiuos espera Don Antonio, se le ha de absoluer de la demanda de Don Diego, difiriendo en todo a las pretensiones que Don Antonio en sus peticiones ha deducido. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Luis Cerdeño y Monzon. *Lic. D. Francisco Diez Canseco y Gonzalez.*